臺灣高等法院臺南分院民事判決

114年度重上更二字第8號

上　訴　人　沈漢昇
訴訟代理人　高奕驤律師
　　劉佳香律師
　　蔡宛緻律師
被 上訴 人　祭祀公業沈保生
000000000000000000
特別代理人　江昱勳律師
訴訟代理人　陳鵬光律師
　　黃子芸律師
參　加　人　呂楊月
訴訟代理人　趙文淵律師
　　趙政揚律師

上列當事人間請求土地所有權移轉登記等事件，上訴人對於中華民國110年1月29日臺灣嘉義地方法院109年度重訴字第38號第一審判決提起上訴，經最高法院第二次發回更審，本院於115年7月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決廢棄。

被上訴人應就坐落嘉義市○○段000○000○000地號土地與上訴人訂立如附件所示之買賣契約。

被上訴人應於上訴人給付新臺幣67,093,600元，及履行如附件所示之買賣契約約定之相關義務同時，將第二項土地辦理所有權移轉登記予上訴人，並將系爭土地交付予上訴人。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用，均由被上訴人負擔。參加費用由參加人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：坐落嘉義市○○段000地號、面積11869.53平方公尺，同段000地號、面積257平方公尺，同段000地號、面積350.43平方公尺之土地（下合稱系爭土地）為被上訴人

所有，上訴人為其派下員即系爭土地公同共有人之一。被上訴人於民國100年2月1日，就系爭土地與參加人簽訂買賣契約書（下稱系爭買賣契約），因被上訴人否認上訴人有優先承買權，上訴人乃提起確認優先承買權存在之訴訟，前經臺灣嘉義地方法院（下稱原法院）103年度重訴字第11號判決、本院103年度重上字第91號判決及最高法院106年度台上字第26號裁定，確認上訴人對於被上訴人所成立系爭買賣契約，就系爭土地有優先承買權存在並確定在案（下合稱前案訴訟一）。上訴人於102年6月25日已合法行使優先承買權，嗣於106年5月17日，以原法院公證處106年5月16日嘉院認000000000號認證文件，通知被上訴人於文到7日內與上訴人成立與系爭買賣契約同一條件之買賣契約，然被上訴人收悉後仍拒不與上訴人訂立買賣契約，上訴人本於已經合法行使土地法第34條之1第4、5項規定之優先承購權後，所生之買賣契約訂立請求權，請求被上訴人就系爭土地與上訴人訂立如附件所示之買賣契約；並依附件買賣契約第2條第3項、第4條約定，及民法第348條第1項規定（上開請求權為擇一關係），請求被上訴人應於上訴人給付新臺幣（下同）67,093,600元及履行如附件所示買賣契約約定相關義務之同時，將系爭土地所有權移轉登記並交付上訴人等語（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴）。並上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應就系爭土地與上訴人訂立如附件所示之買賣契約。㈢被上訴人應於上訴人給付67,093,600元，及履行如附件所示之買賣契約約定之相關義務同時，將系爭土地辦理所有權移轉登記予上訴人，並將系爭土地交付上訴人。

二、被上訴人則以：上訴人於前案訴訟一之第一審程序曾聲明「被告應按其與訴外人間就系爭土地買賣契約之同一條件，與原告訂立書面買賣契約，並將系爭土地所有權全部移轉登記及交付予原告」，因遭第一審判決駁回，上訴人提起上訴，並在本院第二審程序中撤回前揭聲明，其嗣於本案重複

提起上列請求，違反民事訴訟法第263條第2項、第249條第1項第7款之規定，應予駁回。系爭土地無權占用人共有50戶，一半係派下員占用，另一半係第三人，數十年來乏人問津，嗣訴外人陳金藏（於103年4月28日死亡）願意出來磋商、協調，且為避免派下員承擔地價漲跌、無權占用拆遷順利與否、能否找到買家等不確定風險，遂約定系爭土地賦稅、補償、拆除、代書酬金等費用，均由買方負擔。陳金藏嗣找到參加人買受系爭土地，參加人並於98年7月10日起陸續支付部分土地價金予派下員，以求順利收集委任書及同意書，迄至100年2月1日簽約時，已取得24張委任出賣同意書，並支付共計5,336,580元之土地價金，參加人又再花費近3年時間，始將系爭土地上建物40餘戶拆除，迄至105年5月31日止，給付合計22,586,390元之補償費予地上占用住戶，並支付全部159名共有人之土地價金共計85,316,220元。詎上訴人於102年6月24日接獲可領取土地價金通知之存證信函後，於翌日率爾主張以同一條件行使優先購買權，而其主張優先承買，勢必要承受買方承擔之派下員全員清理、系統表清理、財產清理各項登記及相關報酬金、房屋拆除補償金、拆除工事費、清理廢棄物遷離費、其他相關費用、公祠興建祠堂之工程費用、材料費、水電設備費用、土地增值稅等各項費用及相關稅款，惟其主張行使優先購買權時，買方所應負擔之不確定風險均已排除，是其主張優先承購權已無法以同一條件行使，且因其未以同一條件行使優先購買權，已遭原法院另以106年度重訴字第62號判決、本院107年度重上字第104號判決及最高法院109年度台上字第589號裁定駁回確定在案（下稱前案訴訟二），故本件已屬客觀不能。況且，上訴人歷經數年均未依法以同一條件行使優先購買權，實有權利濫用而產生失權效果，應有民法第227條之2、民事訴訟法第397條情事變更原則之適用等語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴駁回。

三、參加人則陳述：上訴人於前案訴訟一之第一審程序中，就

「訂立書面買賣契約」及「土地所有權移轉登記」之聲明，經第一審判決駁回後，於第二審程序縮減該部分聲明，實質上與訴之撤回無異，依民事訴訟法第263條第2項規定，該縮減部分不得再提起同一之訴。又上訴人前對被上訴人提起確認優先承購權存在訴訟，業經前案訴訟二之第三審裁定明白闡釋土地法第34條之1第4項規定之優先承購權，係指他共有人出賣共有土地時，對於該共有人有請求以同樣條件訂立買賣契約之權。系爭土地之共有人既係依土地法第34條之1規定出售其等潛在應有部分予參加人，上訴人應向出售系爭土地潛在應有部分之各該共有人請求以相同條件訂立買賣契約，並非向被上訴人請求訂定買賣契約及移轉系爭土地所有權。上訴人之請求，自非有據等語。

四、兩造不爭執事項：

㈠系爭土地為被上訴人所有，上訴人則為其派下員（即系爭土地之公同共有人）。

㈡祭祀公業沈保生派下員受託代為出賣人陳金藏於100年2月1日就系爭土地，與參加人簽訂如原審卷第27至29頁所示之系爭買賣契約。

㈢上訴人前於102年間向被上訴人主張行使優先購買權，嗣並就此提起確認優先購買權存在之訴，歷審主張、請求及法院裁判如下（即前案訴訟一）：

1.原法院103年度重訴字第11號：

⑴上訴人（即該案原告）主張略以：上訴人於102年6月25日及同年月28日以存證信函及聲明異議書向被上訴人及嘉義市地政事務所聲明異議，表示行使優先承購權。上訴人依土地法第34條之1、第104條第1項規定，就系爭土地有優先承買權。

⑵訴之聲明：

①確認上訴人就系爭土地有優先承買權存在。

②被上訴人應按其與訴外人間就系爭土地買賣契約之同一條件，與上訴人訂立書面買賣契約，並將系爭土地所有權全

部移轉登記及交付予上訴人。

（上訴人於該案起訴狀聲明記載：「一、確認原告就坐落嘉義市○○段000地號、000地號及000地號土地有優先承買權存在。二、被告應按其與訴外人間就前項土地買賣契約之同一條件，與原告訂立書面買賣契約，並將前項土地所有權全部移轉登記及交付予原告。三、訴訟費用由被告負擔。」）

⑶原法院於103年8月5日判決：「原告之訴駁回」。

2.本院103年度重上字第91號（下稱本院第91號案件）：

⑴上訴人於103年8月26日提起上訴，民事聲明上訴狀之上訴聲明記載：「一、原判決廢棄。二、確認上訴人就坐落嘉義市○○段000地號、000地號及000地號土地有優先承買權存在。三、被上訴人應按其與訴外人間就前項土地買賣契約之同一條件，與上訴人訂立書面買賣契約，並將系爭土地所有權全部移轉登記及交付予上訴人。四、第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。」（下稱系爭原上訴聲明）。

⑵上訴人於103年10月27日準備程序陳明：請求權基礎為土地法第34條之1第4、5項及第104條第1項。

⑶上訴人於103年12月8日民事上訴理由㈢狀，依民事訴訟法第255條第1項第3款規定，減縮後上訴聲明：「一、原判決廢棄。二、確認上訴人就坐落嘉義市○○段000地號、000地號及000地號土地有優先承買權存在。三、訴訟費用均由被上訴人負擔。」（下稱系爭減縮後上訴聲明）。

⑷上訴人於103年12月24日準備程序陳明：確認優先承買權之依據是土地法第34條之1。

⑸本院103年度重上字第91號判決（下稱本院第91號判決）之記載情形：

①案由：「上列當事人間確認優先承買權存在事件，上訴人對於中華民國103年8月5日臺灣嘉義地方法院第一審判決（103年度重訴字第11號）提起一部上訴，…」。

②主文：「原判決關於駁回上訴人後開第2項之訴部分，及

該部分訴訟費用之裁判均廢棄。確認上訴人對於被上訴人祭祀公業沈保生於民國一00年二月一日所成立買賣契約就坐落嘉義市○○段○○○地號、○○○地號及○○○地號土地有優先承買權存在。廢棄部分第一、二審訴訟費用（除減縮上訴部分外）由被上訴人負擔。」

③事實及理由：「壹、程序部分：…二、按訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第255條第1項第2款至第6款情形，不在此限；又訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：㈡請求之基礎事實同一者。㈢擴張或減縮應受判決事項之聲明者…；民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款分別定有明文。…查本件上訴人於原審起訴原聲明：⑴確認上訴人就系爭土地有優先承買權存在；⑵被上訴人應按其與訴外人間就系爭土地買賣契約之同一條件，與上訴人訂立書面買賣契約，並將系爭土地所有權全部移轉登記及交付予上訴人，嗣於本院審理時，僅請求確認上訴人就系爭土地有優先承買權存在，而撤回其餘請求，核屬應受裁判事項之減縮（上訴人於原審所主張租賃關係部分，亦已捨棄，不再主張，見本院卷第141頁背面），合於上開規定，應予准許，合先敘明。」、「貳、實體部分：…五、綜上所述，被上訴人之抗辯，並無可採。上訴人依土地法第34條之1規定主張其有優先承買權存在，即無不合；從而，上訴人請求確認上訴人就系爭土地有優先承買權存在，洵屬有據，為有理由，應予准許。原審（除上開減縮部分外）為上訴人敗訴之判決，尚有未洽。上訴意旨據此指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院就該部分予以廢棄，改判如主文第二項所示。」

3.最高法院於106年3月23日以106年度台上字第26號民事裁定駁回被上訴人之上訴。

㈣被上訴人於上開判決確定後，提起再審之訴，經本院以106年度重再字第4號判決再審之訴駁回，並經最高法院107年度

台上字第155號民事裁定駁回被上訴人之上訴而告確定。

㈤上訴人於前案訴訟一確定後，另提起請求土地所有權移轉登記等之訴，該案當事人包括本件兩造及參加人，上訴人歷審主張、請求及法院裁判如下（即前案訴訟二）：

1.原法院106年度重訴字第62號：

⑴上訴人（即該案原告）主張略以：上訴人依土地法第34條之1第4項規定，就系爭土地有優先承買權。被上訴人應於上訴人給付67,093,600元之同時，將系爭土地移轉登記並交付予上訴人。

⑵訴之聲明：被上訴人應於上訴人給付67,093,600元之同時，將其所有系爭土地，移轉登記並交付予上訴人。

⑶原法院於107年9月10日判決：被上訴人應於上訴人給付67,093,600元之同時，將其所有系爭土地，移轉登記並交付予上訴人。

2.本院107年度重上字第104號（下稱本院第104號案件）：

⑴被上訴人提起上訴。

⑵上訴聲明：

①原判決廢棄。

②上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

⑶本院於108年12月18日判決（下稱本院第104號判決），理由略以：上訴人於102年6月25日以存證信函行使優先承購權，已取得與被上訴人訂立系爭買賣契約之權利；惟在兩造補簽訂書面買賣契約前，系爭土地買賣契約尚未成立，被上訴人應無移轉系爭土地所有權之義務。準此，上訴人於請求被上訴人訂立系爭土地買賣契約前，依民法第348條第1項買賣契約之法律關係，請求被上訴人移轉系爭土地所有權，並交付使用，自屬無據。爰將原判決廢棄，並駁回上訴人在第一審之訴及假執行之聲請。

3.最高法院於109年3月4日以109年度台上字第589號民事裁定駁回上訴人之上訴。

五、兩造爭執事項：

㈠上訴人於本件第二審程序所為被上訴人無正當理由拒絕與上訴人訂立如附件所示之買賣契約，核屬故意以不正當行為使上訴人合法取得系爭土地之條件不成就，揆諸誠信原則及民法第101條第1項之意旨，應視為該買賣契約已成立生效之主張，是否為逾時提出新攻擊防禦方法，而應有民事訴訟法第447條第1項前段失權效規定之適用？

㈡上訴人於本件第二審程序所為其於本院第91號案件審理程序，將系爭原上訴聲明，依民事訴訟法第255條第1項第3款規定（未載同法第446條第1項），減縮為系爭減縮後上訴聲明，該減縮後之上訴聲明係減縮上訴聲明之主張，是否為逾時提出新攻擊防禦方法，而應有同法第447條第1項前段失權效規定之適用？

㈢上訴人於本院第91號案件審理程序，將系爭原上訴聲明減縮為系爭減縮後上訴聲明，核其情形，應屬減縮上訴聲明或減縮起訴聲明之性質？

㈣上訴人本件起訴之聲明，關於「被告應就系爭土地，與原告訂立如附件所示之買賣契約」部分，與原法院103年度重訴字第11號民事事件訴之聲明第2項「被告應按其與訴外人間就前項土地買賣契約之同一條件，與原告訂立書面買賣契約」部分，是否為同一事件？該部分之起訴是否有違背民事訴訟法第263條第2項規定之情形？

㈤上訴人本於土地法第34條之1第4項、第5項之法律關係、買賣契約訂立請求權，請求被上訴人應就系爭土地與上訴人訂立如附件所示之買賣契約，並依買賣契約之法律關係，請求被上訴人應於上訴人給付67,093,600元及履行如附件所示之買賣契約約定之相關義務同時，將系爭土地辦理所有權移轉登記並將系爭土地交付上訴人，有無理由？

㈥上訴人之訴訟代理人閱卷所得系爭契約等件，是否等同上訴人已知悉系爭契約之買賣條件？上訴人究竟是否已合法行使優先承買權？

六、本院之判斷：

㈠爭執事項㈠部分：

按當事人不得於第二審訴訟程序提出新攻擊或防禦方法，民事訴訟法第447條第1項前段定有明文。經查，上訴人於原審並未提出：被上訴人無正當理由拒絕與上訴人訂立如附件所示之買賣契約，核屬故意以不正當行為使上訴人合法取得系爭土地之條件不成就，揆諸誠信原則及民法第101條第1項之意旨，應視為該買賣契約已成立生效之主張，上訴人係於本院前審110年5月3日、110年10月1日時，始分別以書狀向本院提出上開主張（見本院前審卷第112-114、295-297頁），足認該部分應屬新攻擊防禦方法之提出。審酌上訴人於本院前審第二審爭點簡化、協商程序過程中，並未主張將上開事項列為實體爭執事項（見本院前審卷第124、238頁），且被上訴人拒絕與上訴人訂立買賣契約之行為，與上訴人新提出之訂約請求權是否附有停止條件及該停止條件是否已成就之主張，係屬二事，是其新提出之攻擊防禦方法，應為獨立之攻擊防禦方法，並非對於在第一審已提出之攻擊防禦方法為補充之情形。準此，上訴人主張該部分有民事訴訟法第447條第1項但書第3款規定之適用，並非可採，則其該部分主張，依同條第3項規定，不應准許。又上訴人於本院115年7月28日言詞辯論時始提出上證1、2之相關證物，本院審酌上訴人並未釋明有何符合民事訴訟法第276條規定之情形，認無庸審酌該2項證物，併予敘明。

㈡爭執事項㈡部分：

1.按當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充之情形者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項第3款定有明文。準此，當事人在第一審已經主張之攻擊或防禦方法（包含事實、法律或證據上之爭點），應允許當事人在第二審審理時，再行提出補強之攻擊或防禦方法，以利第二審法院就該事實上、法律上或證據上之評價，為適法之判斷。

2.兩造及參加人於原審就上訴人提起本件訴訟，是否有違反民

事訴訟法第263條第2項規定之爭點，已爭執甚烈，觀諸上訴人在原審已主張：上訴二審之後，有把第二項聲明減縮，但是一審時原告判決全部敗訴，所以二審即使減縮聲明或撤回上訴，也沒有遮斷效的問題或既判力的問題。本案終局判決後，將訴撤回者，與二審敗訴者將聲明減縮，只有發生一審敗訴的部分確定了，是否重複起訴要回到既判力來觀察，如果是敗訴，將上訴的聲明減縮或部分撤回，只有發生一審敗訴的部分確定，是否可以起訴就回到既判力的問題等語（見原審卷第371、373、374頁），足認上訴人於本件訴訟第二審程序主張其前於本院第91號案件所為系爭減縮後上訴聲明，係屬減縮上訴聲明，並非減縮起訴聲明等語，實係就其於原審之主張再為補充之陳述。且上訴人於本院第91號案件所為系爭減縮後上訴聲明之訴訟行為，是否該當民事訴訟法第263條第2項規定之要件，乃其訴訟行為在法律上應如何評價之範疇。是故，上訴人於本件第二審程序主張其於本院第91號案件所為系爭減縮後上訴聲明之訴訟行為，係屬減縮上訴聲明之主張，揆諸前揭規定及說明，應予准許。被上訴人及參加人抗辯上訴人此部分主張，係屬逾時提出之新攻擊防禦方法，依同法第447條第1項前段及第3項規定，不應准許等語，難謂可採。

㈢爭執事項㈢部分：

1.按起訴，係指原告請求法院就其與被告間之特定訴訟標的法律關係為一定內容判決之意思表示；上訴，係指當事人（原告或被告）對其不利且尚未確定之終局判決聲明不服，請求上訴審法院對於原判決在其聲明不服範圍內為廢棄改判之意思表示。次按減縮上訴聲明，係指當事人在上訴審減少對於原判決不服之程度，而發生上訴之一部撤回，使原判決一部歸於確定之效果；又在上訴審減縮起訴聲明，係指原告就其起訴聲明且經原判決判決部分，於上訴審為減縮起訴應受判決事項之聲明，於其合法減縮範圍內，使原判決該部分失其效力，而發生撤回起訴之效果。是以，本件上訴人於本院第

91號案件審理程序中，將系爭原上訴聲明減縮為系爭減縮後上訴聲明之訴訟行為，應先予判斷定性究為減縮上訴聲明或減縮起訴聲明，始得論究其法律效果。另按當事人對於第一審判決不服之程度，及應如何廢棄或變更之聲明，依民事訴訟法第438條（現為第441條）第1項第3款，雖應表明於上訴狀，然其聲明之範圍，至第二審言詞辯論終結時為止，得擴張或變更之，此不特為理論所當然，即就同法於第二審程序未設與第470條（現為第473條）第1項同樣之規定，亦可推知。故當事人在上訴期間內提出之上訴狀，僅載明對於第一審判決一部不服，而在言詞辯論終結前，復對其他部分一併聲明不服者，應認其上訴聲明之範圍為已擴張，不得謂其他部分之上訴業已逾期，予以駁回（最高法院30年渝抗字第66號裁定意旨參照）。

2.查上訴人於本院第91號案件審理中提出民事上訴理由㈢狀，其內容記載：「減縮後上訴聲明：『一、原判決廢棄。二、確認上訴人就坐落嘉義市○○段000地號、000地號及000地號土地有優先承買權存在。三、訴訟費用均由被上訴人負擔。』」、「事實及理由壹、程序部分：按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：三、擴張或減縮應受判決事項之聲明者。民事訴訟法第255條第1項第3款定有明文，故上訴人依法減縮上訴聲明，如上所述。」等語（見原審卷第245頁所影印資料），就該民事上訴理由㈢狀之本意為何，本院依上訴人聲請，於本院115年6月3日準備程序時通知證人黃郁婷律師已到庭證稱：上訴理由㈢狀是我提出。是減縮起訴買賣契約，因為開庭時，法官當時有曉諭說既然我們是依照同一條件，沒有重訂買賣契約的必要。該案起訴時，起訴聲明要訂立買賣契約，後來上訴我們減縮，是因為行政訴訟時，行政訴訟認為買受人寄給共有人的買賣條件不夠具體，所以我們認為有重訂買賣契約，讓買賣條件有具體的必要性。是減縮起訴聲明沒錯，把訂立買賣契約作為義務減縮掉。依法減縮上訴

聲明應該是誤載。就減縮起訴聲明部分，應該是透過湯代書與當事人轉達等語（見本院卷一第358、359頁），參以依前揭最高法院見解，於第二審減縮上訴聲明為理論所當然，即就同法於第二審程序未設與第473條第1項同樣之規定，亦可推知，而上訴人訴訟代理人於上開書狀，尚引用民事訴訟法第255條第1項第3款之規定，核與其本意係要撤回起訴之情相符，自應認定該書狀確係要撤回尚未減縮前有關「被上訴人應按其與訴外人間就前項土地買賣契約之同一條件，與上訴人訂立書面買賣契約，並將系爭土地所有權全部移轉登記及交付予上訴人」之起訴聲明無誤，而非僅減縮上訴聲明，至本院第91號判決主文第3項、案由欄及事實及理由欄之記載，既與上訴人之真意不符，自無從據此認定上訴人係撤回上訴聲明，另上訴人為此聲請訊問證人即上開湯代書部分，本院認無調查之必要，附此敘明。

㈣爭執事項㈣部分：

1.按原告之訴，有下列各款情形之一者，法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：七、當事人就已繫屬於不同審判權法院之事件更行起訴、起訴違背第253條、第263條第2項之規定，或其訴訟標的為確定判決效力所及。於本案經終局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴。民事訴訟法第249條第1項第7款、第263條第2項分別定有明文。依第263條之立法理由可知：乃原告就該訴訟事件拋棄請求審判之權，故其效力應溯及於起訴之時，而使訴訟拘束消滅，以回復起訴前之原狀。撤回以後，訴訟拘束之實體上效力，或訴訟上效力，全然消滅，例如因起訴而生之時效中斷，被告之相殺抗辯，或審判衝門之判決，全然失其效力等語。故起訴如經原告撤回後，已回復至起訴前之原狀。另按所謂訴訟標的，係指為確定私權所主張或不認之法律關係，欲法院對之加以裁判者而言。該法律關係為何，依民事訴訟法第244條第1項第2款規定，須依原告起訴時所主張之原因事實特定之（最高法院109年度台上第1044號判

決意旨參照）。因之，原告起訴以何種法律關係為訴訟標的，應依原告起訴主張之原因事實特定之，如原告前後主張之原因事實不同，其為訴訟標的之法律關係自亦不同，當非同一事件。

2.參諸法律規範之法律關係為權利義務關係，依權利之作用為觀察時，如係要求他人為特定行為之權利，為請求權；如因權利人一方之意思表示，使法律關係直接發生、變更或消滅之權利，為形成權。衡酌土地法第34條之1第4項所稱之優先承購權，乃基於該法律規定，對於出賣共有土地或建築改良物共有人而生「先買特權（先買權）」之形成權，一旦行使該權利，即係對出賣人行使買賣契約訂立請求權，並請求出賣人按其與第三人約定之「同樣條件」補訂書面契約。易言之，該權利係指他共有人於共有人出賣共有土地或建築改良物時，對於該共有人有請求以「同樣條件」訂立買賣契約之權而言（最高法院100年度台上字第432號判決意旨參照）。因之，土地法第34條之1第4項規定之優先承購權係指他共有人出賣共有土地時，對於該共有人有請求以同樣條件訂立買賣契約之權而已，除出賣應有部分之共有人通知外，非謂共有人一經表示願優先承購，雙方即成立買賣契約（前案訴訟二之最高法院109年度台上字第589號裁定意旨參照）。

3.經查，依據上訴人於前案訴訟一原審訴之聲明第2項內容，及其於該案主張之訴訟標的及其原因事實（見原審卷第229至232頁之民事起訴狀影本，第31至41頁之判決書資料），可知其係本於系爭土地共有人之地位，就被上訴人與參加人簽訂之系爭買賣契約，依土地法第34條之1之規定，請求被上訴人應按其與訴外人（即參加人）間就系爭土地買賣契約之同一條件，與其訂立書面買賣契約，並將系爭土地所有權全部移轉登記及交付予上訴人之請求，是其訴訟標的即為土地法第34條之1規定之法律關係。次依上訴人於前案訴訟二原審訴之聲明第1項內容，及其於該案所主張之訴訟標的及其原因事實（見原審卷第121至128頁判決書資料），可知其

係以其已行使共有人之優先承購權，本於兩造間之買賣契約關係，依民法第348條第1項規定，請求被上訴人應於其給付67,093,600元之同時，將系爭土地移轉登記並交付予上訴人，是其訴訟標的為買賣契約之法律關係。依上所述，上訴人於前案訴訟一原審訴之聲明及訴訟標的，其中請求確認上訴人就系爭土地有優先承買權存在部分，已獲勝訴確定判決，至其餘請求被上訴人應按其與訴外人（即參加人）間就系爭土地買賣契約之同一條件，與其訂立書面買賣契約，並將系爭土地所有權全部移轉登記及交付予上訴人部分，則因上訴人嗣於第二審程序撤回此部分起訴，而回復至起訴前之原狀。就此對照上訴人於本件訴訟所為訴之聲明、主張之訴訟標的及其原因事實，可知本件訴訟與前案訴訟一之聲明（確認優先承買權存在部分除外），除移轉登記及交付部分有增加對待給付之條件外，其餘聲明內容實質相同，但訴訟標的之原因事實則未盡相同，亦即本件訴訟新增本院第91號判決確認上訴人就系爭土地有優先承買權存在，被上訴人不得再為相反之主張，兩造均應受該確定判決既判力之拘束，及上訴人嗣於106年5月17日以原法院公證處之認證文件，通知被上訴人於文到7日內就系爭土地，依系爭買賣契約之同一條件與上訴人訂立買賣契約書，被上訴人於106年5月18日收受之事實（見原審卷第77至83頁）。由是觀之，上訴人權利行使之法律依據，固均為土地法第34條之1規定之法律關係，然其原因事實既有不同，可認由該具體原因事實所特定之訴訟標的應不相同，自非屬同一事件，故上訴人本件起訴之聲明，關於「被告應就系爭土地，與原告訂立如附件所示之買賣契約」部分，與原法院103年度重訴字第11號民事事件訴之聲明第2項已撤回之「被告應按其與訴外人間就前項土地買賣契約之同一條件，與原告訂立書面買賣契約」部分既有不同，本件該部分之起訴並無違背民事訴訟法第263條第2項規定之情形。被上訴人及參加人抗辯該部分之起訴違反前揭規定，為不合法等語，自難採憑。

4.至上訴人提起之前案訴訟二，其訴之聲明雖附加應於上訴人給付67,093,600元之同時，將系爭土地移轉登記並交付予上訴人等語，惟審酌其於該案訴訟之請求，係因未具備先請求被上訴人按其與參加人間就系爭土地買賣契約之同一條件，與上訴人訂立買賣契約之前提要件，而遭敗訴判決確定。是其於前案訴訟二敗訴判決確定後，依該確定判決意旨，新增行使權利要件事實之主張及聲明，則本件訴訟基於前案訴訟二確定判決事實審言詞辯論終結後之新事實所生之法律狀態，不受前案訴訟二確定判決既判力效力之拘束，併予敘明。

㈤爭執事項㈤、㈥部分：

1.上訴人請求被上訴人與其訂立如附件所示買賣契約部分：

⑴按共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之；但其應有部分合計逾3分之2者，其人數不予計算；共有人依前項規定為處分、變更或設定負擔時，應事先以書面通知他共有人；其不能以書面通知者，應公告之；共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，土地法第34條之1第1項、第2項及第4項定有明文。次按共有土地或建築改良物之部分共有人，依土地法第34條之1第1項規定，出賣共有土地全部，就各該共有人言，仍為出賣其應有部分，為處分之共有人，除本於自己權利處分其應有部分外，另係基於法律之授權代為處分他共有人之應有部分，並非以此剝奪他共有人依同條第4項規定享有之優先承購權，是共有人依首揭規定出賣共有土地之全部時，他共有人自仍有優先承購之權利（最高法院109年度台上大字第2169號裁定意旨參照）。該條所規定之優先承購權為形成權，只要他共有人以同一條件買受之意思表示向出賣共有土地之共有人為之，即生效力，優先承購權人一經表示以同一條件優先承購，則該共有土地或建築改良物之買賣契約即當然於出賣之共有人與優先承購之共有人間成立

（最高法院85年度台上字第793號、106年度台上字第345號判決要旨參照）。且他共有人是否以同一條件優先承購，應依其行使優先承購權時之意思表示為準，倘他共有人行使優先承購權時未附條件，則其與出賣之共有人間，即應依照出賣之共有人與第三人間所訂買賣契約之相同內容，成立買賣契約，此後，他共有人尚不得任憑己意附加條件或限制，若然，對於已成立之買賣契約內容，不生影響（最高法院104年度台上字第2161號判決意旨參照）。

㈡上訴人就系爭土地有優先承購權存在，已經前案訴訟一裁判確定在案（見兩造不爭執事項㈢），兩造均為前案訴訟一之當事人，依民事訴訟法第400條第1項規定，均應受前案訴訟一確定判決既判力之拘束，不得再為相反之主張。被上訴人再爭執上訴人率爾行使優先承購權，顯然違反法律保護善意原則等語，自非可採。參加人雖再抗辯：上訴人行使優先購買權，應向出售潛在應有部分之共有人請求以同樣條件訂立買賣契約，被上訴人未曾與參加人訂立買賣契約，上訴人對被上訴人主張優先購買權存在有所違誤等語置辯，惟查，依上訴人所提系爭土地之登記資料，系爭土地目前仍登記在被上訴人名下，有上訴人於原審所提系爭土地之土地登記第二類謄本（見原審卷第21至25頁）可憑，本件係受託代為出賣人陳金藏於100年2月1日，就系爭土地與參加人簽訂如原審卷第27至29頁所示之系爭買賣契約等情，如兩造不爭執事項㈠、㈡所示，則考量祭祀公業為全體派下員組成之特殊性質團體，基於私法自治原則，出賣之他共有人就其可處分之權利，如同意祭祀公業以其名義形成具體之法律關係，應非法所不許。衡酌被上訴人為系爭土地之所有人，其全體派下員為系爭土地之公同共有人，兩造間已經本院第91號判決確認上訴人就系爭土地有優先承購權存在，而同意出賣之他共有人前以被上訴人名義，配合參加人積極履行系爭買賣契約所約定之內容，足認被上訴人有義務代同意出賣系爭土地之派下員與上訴人訂立系爭土地買賣契約，上訴人依此請求被上

訴人依其與參加人之同一買賣條件，而與上訴人訂立如附件所示之買賣契約，核屬有據，參加人上揭所辯，亦無可採。

⑶查「被上訴人於100年2月1日以總價6709萬3600元將系爭土地出售予訴外人呂楊月，有土地買賣契約書在卷可稽（見原審嘉簡字卷第62、63頁），而上訴人與被上訴人祭祀公業間之系爭土地，有共有關係存在，又上訴人主張被上訴人出售系爭土地並未合法依土地法第34條之1規定通知其行使優先購買權，已如上述，上訴人既因未受合法通知而無從行使優先承買權，則被上訴人（誤載為上訴人）與呂楊月間之買賣契約，自不得對抗上訴人。則上訴人提起本訴主張行使優先購買權，請求確認其就系爭土地，有優先購買權存在，被上訴人應就系爭土地以與呂楊月間買賣契約之同一條件與上訴人訂立買賣契約，即非無據…從而，上訴人請求確認上訴人就系爭土地有優先承買權存在，洵屬有據，為有理由，應予准許」等情，業據本院第91號判決認定無誤（見原審卷第51、52頁之判決書），核與上訴人所提，其於102年6月25日所寄發之存證信函，其內容表示：「有關台端等人擬依土地法第三十四條之一相關規定，處分本人為祭祀公業沈保生派下員所有之土地一事（坐落嘉義市○○段000、000、000地號等三筆土地）本人願依同法條第四項之規定主張優先承買，特此敬告」等語（見前審更一卷二第447頁），確未附加其他條件相符，則上訴人行使優先承買，其與出賣之被上訴人間，即應依照出賣之共有人與第三人間所訂買賣契約之相同內容，成立如附件所示之買賣契約，自不應任意限制或剝奪，此觀上訴人於前案訴訟一確定判決確認其就系爭土地有優先承購權存在後，隨即提起前案訴訟二，請求被上訴人應於上訴人給付67,093,600元之同時，將系爭土地移轉登記並交付予上訴人，而依本院第104號判決記載之理由（見兩造不爭執事項㈤），可知該判決亦認定上訴人於102年6月25日以存證信函行使優先承購權，已取得與被上訴人訂立系爭買賣契約之權利；惟在兩造補簽訂書面買賣契約前，系爭土

地買賣契約尚未成立，被上訴人應無移轉系爭土地所有權之義務，因而駁回上訴人依民法第348條第1項買賣契約之法律關係，所為移轉系爭土地所有權並交付予上訴人之請求。是以，前案訴訟二雖歷經多年，然此係上訴人依法定程序請求法院確定其私權存否之訴訟權之正當行使，要難因上訴人誤認其行使優先承購權之法律效果為於兩造間成立買賣契約，及同一買賣條件係單指買賣價格，而遽認被上訴人抗辯上訴人依買賣契約之法律關係，所為被上訴人於上訴人給付67,093,600元之同時，應將系爭土地移轉登記並交付予上訴人之請求，並未合法行使優先承購權，係屬權利濫用，而應使其產生失權效果等語為可採。

⑷被上訴人雖再辯稱上訴人於前案訴訟二未依法以同一條件行使優先購買權，造成買受人權益損失慘重，實有權利濫用而應產生失權效果，故應有民法第227條之2及民事訴訟法第397條情事變更原則之適用等語。惟查，經本院於115年6月3日對上訴人本人進行當事人訊問程序，上訴人已稱：前案訴訟一訴之聲明二，有提到同一條件，這狀紙是律師寫，我有同意，對方要求多少，我們就按照對方要求給，102年起訴狀訴之聲明請求「同一條件」未記載金額，106年僅剩給付金額，同一條件沒有記明，我忘記了，一開始有寫同一條件，後來我忘記，系爭買賣契約第三點買方負責繳納土地增值稅後辦理手續及第四點房屋補償金拆除、遷移費用等語是賣方要負擔，與派下員無關，是買的人要負擔，我要負擔，增值稅本來就要負擔，興建公祠費用部分，也是買方負擔，是我要負擔，我同意，之前狀紙未記明同意負擔及同一條件，我願意負擔，祭祀公業自己估價買方尚須負擔金額是6709萬3600元的兩倍金額，我願意負擔，土地給參加人呂楊月買受，參加人呂楊月買多少錢負擔多少錢，我願意以此條件處理等語（見本院卷一第345-350頁），足證上訴人迄至本院言詞辯論終結時，仍願意以同一條件與被上訴人成立附件之買賣契約無誤，即令上訴人於前案訴訟二或本件審理期間，對買

賣條件有所質疑，惟依上述說明，上訴人如再憑己意附加條件或限制，對於已成立之買賣契約內容，亦不生影響。至系爭買賣契約原有5筆土地出賣，上訴人本件僅行使系爭土地之3筆，係因為其他2筆賣掉了，客觀上不能，並沒有影響上訴人以同一條件行使意思表示效力，且上訴人於102年6月25日所寄存證信函開始，後續訴訟行為，都是重申相同意旨，一再表明都是用同一條件承買等情，亦據上訴人訴訟代理人陳明無誤（見本院卷一第161、360頁），且系爭土地移轉，係包含公祠用地面積105坪及供通行的314.6坪部，全部土地的移轉，業據被上訴人及參加人於本院115年6月3日準備程序時陳述明確（見本院卷第360頁），則前案訴訟二上訴人依法定程序請求法院確定其私權存否之訴訟權之正當行使，尚不因上訴人於該案主張同一買賣條件係指買賣價格，而遽認其有權利濫用之情事。且上訴人若非以同一條件請求被上訴人訂立買賣契約，被上訴人並無與之訂立買賣契約之義務，亦難認上訴人行使權利有民法第227條之2所稱依其原有效果顯失公平之情形。另依民事訴訟法第397條之規定，當事人對於尚未實現之確定判決內容，須另行以他訴請求變更原確定判決之給付或其原有效果，始為正辦。惟被上訴人於本件訴訟僅以抗辯方式，主張有民事訴訟法第397條情事變更原則之適用，亦非有據。從而，被上訴人前揭所辯，均非可採。至上訴人之訴訟代理人閱卷所得系爭契約等件，是否等同上訴人已知悉系爭契約之買賣條件之兩造爭執事項，本院既認上訴人合法行使優先承買權，此部分之爭執事項已無論究必要，併此敘明。

⑸按給付不能，有主觀不能與客觀不能之分，所謂客觀不能，係指依社會通念，非因債務人個人之事由，致不能實現債務本旨而言。查被上訴人為系爭土地所有人（見兩造不爭執事項㈠），前案訴訟一確定判決已確認上訴人就系爭土地有優先承購權，前案訴訟二確定判決亦肯認上訴人對於被上訴人有同一條件買賣契約訂立請求權，則上訴人依前案訴訟二確

定判決意旨，再提起本件訴訟，請求被上訴人訂立同一買賣條件即如附件所示之買賣契約，依本院第91號判決兩造不爭執事項㈥記載：系爭土地被上訴人於102年6月19日委託陳黃秀月申辦買賣所有權移轉登記，該申請為嘉義市地政事務所駁回，被上訴人嗣向嘉義市政府提起訴願亦遭嘉義市政府以102年11月22日府行法字第1025045880號訴願決定書駁回，被上訴人再提起行政訴訟，經高雄高等行政法院以103年度訴字第40號案件判決駁回被上訴人之訴。被上訴人再上訴，由最高行政法院以103年度裁字第1062號裁定駁回上訴，全案確定等情（見原審卷第47、48頁），自難謂有客觀不能之情事，亦無無法以同一條件訂立買賣契約之情形甚明，被上訴人抗辯前案訴訟二裁判以上訴人未以同一條件行使優先承購權而駁回其訴確定，本件已屬客觀不能云云，要非可採。

⑹綜上，上訴人就系爭土地有優先承購權，其根據被上訴人與參加人間系爭買賣契約之內容（見原審卷第27至29頁），本於土地法第34條之1第4項、第5項規定之法律關係即買賣契約訂立請求權，請求被上訴人依前述同一條件與上訴人訂立如附件所示之買賣契約，為有理由，應予准許。至附件買賣契約所示被上訴人法定代理人沈長庚雖已死亡，惟此僅為訂約之細節問題，兩造仍應本於已成立買賣契約之誠信原則，加以履行，併予敘明。

2.上訴人為對待給付條件而請求被上訴人為系爭土地所有權移轉登記並交付該土地予上訴人部分：

⑴按物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務，民法第348條第1項定有明文。因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付，民法第264條第1項前段規定甚明。

⑵查附件所示之買賣契約書第1條係約定系爭土地之總價為67,093,600元，第2條有關價款給付方式約定為：「一、土地價金依該公業派下員受託人陳金藏先生處理該公業進度，買方支付給賣方。二、該公業派下員委託陳金藏先生有關其公業

派下員清理、系統表清理、財產清理之各項登記及其相關登記之報酬金於土地增值稅單核發日起1個月內，買方負責給付，與賣方無關。三、本案土地增值稅單核下日起7日內，買方負責繳納土地增值稅後辦理過戶手續。四、本案土地上之地上房屋拆除補償金、拆除工事費用、清理廢棄物遷離費用及其相關費用，由買方全部負擔，與出賣之派下員無關。五、公祠興建祠堂建坪約20坪平房之工程費用、材料費、水電設備費用及其相關費用，由買方全部負擔。」；第3條稅費負擔約定：「下列一～四費用全由買受人負責支理與出賣之派下員無干。一、該公業派下員委託陳金藏先生有關其公業派下員清理、系統表清理、財產清理之各項登記及其相關登記之報酬金。二、地上房屋拆除補償金、拆除工事費用、清理廢棄物遷離費用及其相關費用。三、公祠興建祠堂建坪約20坪平房之工程費用、材料費、水電設備費用及其相關費用。四、土地增值稅款。」；第4條產權移轉約定：「一、產權移轉程序中如需雙方出面協辦、補證件或蓋章時，應無條件即時交付，不得拖延拒絕。二、本件土地買賣移轉登記名義人由買方指定。」等情，均係有關履行買賣契約之相關約定，自屬上訴人依買賣契約所應盡之相關契約義務，自不待言。而系爭買賣契約就系爭土地如何點交部分既未加以約定，則上訴人主張其依附件買賣契約第2條第3項、第4條約定後，及履行如附件所示之買賣契約約定之相關義務同時，依民法第348條第1項規定，請求被上訴人應就系爭土地辦理所有權移轉登記予上訴人，並將系爭土地交付予上訴人，自屬有據。

七、綜上所述，上訴人本於土地法第34條之1第4項、第5項規定之法律關係，依買賣契約訂立請求權，請求被上訴人應就系爭土地與上訴人訂立如附件所示之買賣契約部分，及依民法第348條第1項規定，於上訴人給付67,093,600元及履行如附件所示之買賣契約約定之相關義務同時，請求被上訴人應就系爭土地辦理所有權移轉登記予上訴人，並將系爭土地交付

予上訴人，為有理由，應予准許。從而，原審為上訴人敗訴之判決，於法尚有未洽，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2、3項所示。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

九、結論：本件上訴為有理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　18　　日

民事第二庭　審判長法　官　黃義成

法　官　余玟慧

法　官　黃建都

上為正本係照原本作成。

被上訴人如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本），上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴，發回更審後為訴之變更（追加、擴張）部分應一併繳納上訴裁判費。

上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　18　　日

書記官　李鎧安

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

⑵上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。